

Kamu Hizmetinin Kurulmasında Yerel Yönetimlerin Yetkisi

*Onur Karahanoğulları **

Kamu hizmetlerinin kurulması, gerçekte devlet örgütlenmesinin oluşması anlamına gelir. Kamu hizmetleri konusunun, yalnızca özelleştirmeler vesilesiyle düşünülmüş olması kavramın kamu iktisadi teşebbüsleriyle sınırlı olarak algılanmasına yol açmış, gerçek doğasının gözlerden kaçmasına neden olmuştur. Kamu hizmetleri hukuki kavramı, siyasi nitelikteki, devletin işlevleri kavramı bağlamında yer alır. Devlet işlevlerini kamu hizmeti örgütlenmeleriyle gerçekleştirir. Devletin işlevlerindeki genişleme, kamu hizmetinde bir genişleme; daralma ise yine kamu hizmetinde bir daralma olarak görülür. Kamu iktisadi teşebbüsleri bu işlevlerin belirli bir tarihsel uğraktaki genişleme biçimine denk düşer. Bunun dışında kamu hizmetlerinin pek çok gerçekleşme biçimi vardır. “Yerel kamu hizmetleri” de bu gerçekleşme biçimlerinden biridir. Kamu hizmetleri devletin işlevleri bağlamında değerlendirildiğine göre, “yerel kamu hizmeti kategorisi, külli devlet iradesinin dışında ayrı bir yerel siyasallığı mı ifade etmektedir?” sorusuna yanıt verilmelidir. Eğer yerel yönetimleri konu alan, genel disiplinlerden farklı bir inceleme “nesne”sine sahip olduğu iddiasında, özgül bir disiplin yaratılacaksa bu sorunun yanıtı önem kazanmaktadır. Çalışmamız, bu sorunun yanıtını araştırarak kadar kapsamlı bulunmamakla birlikte, kamu hizmetlerinin kurulması (yani devlet işlevlerinin gerçekleşmesi) bağlamında sorunun boyutlarını ortaya koymayı amaçlamaktadır. İlk olarak genel yetki kuralı; ikinci olarak, yerel yönetimlerin bu genel yetki kurahyla ilişkileri ele alınacaktır.

Genel Yetki Kuralı: Yasakoyucu

Kamu hizmetlerinin kurulmasında genel yetki yasakoyucudur.

Kamu hizmetinin kurulmasında genel yetkinin yasakoyucuda olduğunu kanıtlamak için, öğretinin yaptığıının aksine, çeşitli gerekçeler ileri sürmeye gerek yoktur. Öğretideki gerekçelendirme çabası ve savunulan gerekçeler Fransız yazınından alınmadır. Fransız hukukunda yasama ile yürütme arasındaki yetki paylaşımı, özellikle kamu hizmetinin kurulması ve işleyişi gibi idari olduğu kabul edilen konularda oldukça sorunludur. Fransa’da idarenin yasal yetkilendir-

* AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi İdare Hukuku Araştırma Görevlisi. karahan@politics.ankara.edu.tr

me olmadan, hizmet gerekleri gerekçesiyle hizmetin düzenlenmesine ilişkin doğrudan düzenleme yapabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca 1958 Anayasasıyla yasama alanı yürütme lehine sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, Fransa'dan esinlenen idare hukuku yazınıımızda kamu hizmetinin kurulması konusunda yetkili makam araştırılırken sorun tersinden ortaya konmakta, yasama organının genel yetkisi kabul edilip istisnalar için gerekçeler aranacağı yerde, yasamanın yetkisi gerekçelendirilmek zorunda kalmaktadır.

Devlet adına irade açıklayarak kural koyma yetkisi ilke olarak yasama organına aittir. Sistemimizde yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkesi geçerlidir. Yürütme işlevi ise türevdir. (Anayasa m. 8 “*yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*”)

Devletin bir faaliyeti, piyasanın kimi ilkelerinden bağışık kılabilmesi için irade açıklaması, kural koyması gerektiğine göre bunun yasama organının yetkisi dahilinde olduğu açıktır.

Kamu hizmetinin kurulması yasama işlevine ait bir yetkidir. Yürütme organının düzenleme yetkisi ancak yasal çerçeve içinde kullanılabilir. Sistemimizin bu ilkeleri, Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilmezliği kuralıyla birleşince, sürekli bir gerilim doğurması, her yasanın, yürütme organına verdiği yetkilerle bu kuralı ihlal etme riski taşıması kaçınılmazdır. Anayasa Mahkemesi'nin, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi vesilesiyle verdiği kararların çoğunda iptal gerekçesi yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlali olmuştur.

Yasama ile yürütme organının düzenleyici işlevi arasındaki ilişki, gerilimli de olsa açıktır. Ancak yasama işlevini kullanan organın 1982 Anayasası'nda ikileştirilmiş olması sorun doğurmaktadır. Yasama işlevi artık sadece TBMM tarafından kullanılmamakta, yürütme organı da kanun hükmünde kararnamelerle yasama faaliyetine ortak olmaktadır.¹ 1982 Anayasası sisteminde, bir konunun yasama organının yetkisinde olduğu saptamasının yapıldığı her durumda, “konu kanun hükmünde kararnamelerle de düzenlenebilir mi?” sorusuna yanıt vermek gerekmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz, idare hukuku yazınıımızdaki yasama organının genel yetkisini gerekçelendirmek için başvuru argümanlar, yasama yetkisine sahip organlar arasında, TBMM'nin yetkisini gerekçelendirmek için kullanılabilir. Bir faaliyetin özel alandan kamusal alana aktararak devletçe üstlenilmesi yani kamu hizmeti kurulması sadece TBMM'nin çıkaracağı yasalarla mı gerçekleştirilebilir? Yoksa kanun hükmünde kararname de bir yasama biçimi olarak uygun araç mıdır?

¹ “Birlikte yasama”, yasama olarak adlandırdığımız bu durumda değerlendirilmesi için bkz, (Karahanoğulları, 1998: 41).

1. Genel olarak, Anayasa’da “yasayla düzenlenir” ifadesinin geçtiği konuların kanun hükmünde kararnamelere kapalı olduğunu düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesi içtihadı ise tersi yöndedir (Karahanoğulları, 1997: 387). Anayasa Mahkemesi’nin olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri için verdiği kararlardan sonra olağanüstü KHK’lerin düzenleme alanı da sınırlanmıştır (Eroğul, 1999: 31; Duran, 1995: 141).

2. Kamu hizmetinin kurulması bir idari örgütlenmeyi gerektirebilir. Anayasa’nın 123. maddesine göre, “*idare, kuruluş ve görevleriyle ... kanunla düzenlenir*”.

3. Devletleştirme de bir kamu hizmeti kurulması yöntemidir. 47. maddeye göre yasayla düzenlenir.

4. Kamu hizmetinin kurulması, ayrı bir kamu tüzelkişiliği kurulmasını gerektiriyorsa yetki yine yasama organındadır. 123. maddenin son fıkrasına göre “*kamu tüzel kişiliği kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*”²

5. Devletin kamu hizmeti örgütünün temel birimleri olan bakanlıklar³ kanunla kurulur. 113. maddenin I. fıkrasına göre, “*bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilâtı kanunla düzenlenir.*”

6. Kamu hizmetinin kurulması, (üstlenilen alanda faaliyette bulunma veya üstlenilen alanı denetleme gibi nedenlerle) kamu harcamaları yapmayı gerektirir. Anayasa, 1789’dan gelen geleneği devam ettirerek (1789 m. 13 “*kamu gücünün ihtiyaçlarıyla idarenin giderlerini karşılamak için ortak bir vergi zorunludur. Bu vergi, bütün yurttaşlar arasında, -yetilerinden dolayı- eşit olarak dağıtılmak gerekir*) kamu giderleri ile vergi arasında bağlantı kurmuştur (m.73/I “*herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle mükelleftir*”). Devlet ve idare adına para harcama yetkisi, ancak TBMM’nin yapacağı bütçe kanunu ile verilebilir (m. 161 “*Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır*”). 163 madde ile kanun hükmünde kararnameler bütçe konusundan dışlanmıştır (“*bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararnama ile değişiklik yapma yetkisi verilemez*”).

² Örneğin, “Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında, kamu tüzelkişiliğinin ancak yasayla ya da yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulabilmesi öngörülmüştür. Telekomünikasyon hizmetlerini kamu tekeli olarak yürütmekle görevli Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi de 4000 sayılı Yasa’nın 1. maddesiyle kurulmuş bir kamu tüzel kişisidir” (AMK, 1994/65-2: 408).

³ 27.9.1984 tarih ve 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkındaki Kanunun 1. maddesine göre “bu Kanunun amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülebilmesi için bakanlıkların kurulmasına, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.” Yani maddede belirtildiği gibi bakanlıklar kamu hizmetlerinin teşkilatlanmasıdır. Bu özellik Anayasa Mahkemesi tarafından da saptanmaktadır. “Bakanlıklar, devletin yürüttüğü kamu görevlerinin (kamu hizmetlerinin-OK), konularına göre uzmanlaşmış bölümleridir. Merkezi yönetimin işlevleri ve görevleri Bakanlıklar arasında paylaşılmıştır” (AMK, 1995/42:634).

Kamu iktisadi teşebbüsleri, yıllık bütçe kuralından istisna edilmiştir; ancak bunların, iştirakler dışında, kamu tüzelkişiliğine sahip olduğu düşünüldüğünde kurullarının yasa gerektireceği açıktır.

7. Kamu hizmetlerinin kurulması, Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden birinin sınırlanması sonucunu doğurmaktaysa, 13. madde gereği düzenlemenin yasayla yapılması gerekecektir.

Yukarıda sıraladığım gerekçeler kamu hizmeti kurulmasının TBMM'nin yasama tekelinde olduğunu, hükümetin kanun hükmünde kararnamelerle buna ortak olamayacağını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında, kamu hizmetinin kurulmasında yetkinin yasama organında olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak alanın, kanun hükmünde kararnamelere kapalı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme bulunmamakta.

Anayasa Mahkemesi, 1969 yılında verdiği kararda, kamu hizmetlerinin kurulması ve düzenlenmesi konusunda yetkili organın meclis olduğuna hükmetmiştir.

“Anayasa, kamu hizmetlerinin yasa ile kurulacağı ve idarenin görevlerinin de yasa ile düzenleneceği ilkesini benimsemiştir (Anayasa md.106., 112., 113).

Bu nedenle, dava konusu (B) bendinde öngörüldüğü biçimde bir ortaklığa Devletin katılmasında kalkınma planının uygulanması bakımından bir zorunluk bulunuyorsa, başka bir deyimle böyle bir katılmada kamu yararı görülüyorsa bu bir kamu hizmeti olarak ele alınabilir ve Devletin katılacağı ortaklıkların niteliğinin, Devletin katılma koşul ve yöntemlerinin, konulacak sermaye miktarıyla teşebbüsün idare ve denetim yöntemlerinin ve ortaklıktaki Devlet payı üzerindeki Yasama Meclisleri denetiminin nasıl sağlanacağını yasa ile düzenlenmesi gerekirdi. Oysa incelenen (B) bendi bütün bu konuların düzenlenmesi işlerini yıllık programlara, yani yürütme organına bırakmak yoluyla yasama yetkisini yürütmeye aktarmış bulunmaktadır. Bu nedenle dava konusu kural Anayasa'ya aykırıdır (AMK, 1969/57: 18-133).”

Kararda kamu hizmetinin kurulmasında yasama organının genel yetkisi vurgulanmakta ancak yürütmeye bırakılacak düzenleme alanının sınırlarını değerlendirilmektedir. Ayrıca, yasama organının yetkisinin salt bir kurma olmadığı, hizmetin düzenlenmesinin ana hatlarının da yasa ile belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Fransız içtihadında, idareye tanınan, kurulmuş kamu hizmetini düzenleme (örgütlenme) tekeli hukukumuzda bulunmamakta, idarenin yapacağı düzenlemenin ana hatlarının yasama organı tarafından belirlenmesi gerekmektedir.⁴

Anayasa Mahkemesi, özel öğretim kurumlarına belli oranda ücretsiz öğrenci okutmaları zorunluluğu getirilmesi konusunda verdiği 12.4.1990 tarihli kararın-

⁴ “Konunun niteliği ve kapsamı gözönüne alındığında kamu iktisadi teşebbüslerinin statüsünü etkileyen bu önemli ayrımın Yasakoyucu tarafından yapılması, tamamlayıcı çalışmaların ise Yasakoyucu tarafından belirlenen ölçütlere göre yönetime bırakılması amaca uygun düşmektedir” (AMK, 1991/7: 223).

da kamu hizmetlerinin kurulması ve örgütlenmesinde kural koyma iktidarına ilişkin değerlendirmelerde de bulunmaktadır. Buna göre,

“Anayasa’da, bir hizmet ünitesinin kurulması halinde, ona varlık verecek yasada ne gibi kurallara ve ilkelere uyulacağı öngörülmemiş ise, bu husus kural olarak yasa koyucunun takdirine bırakılmış olur (AMK, 1990/6: 134).”

Karardaki bu gerekçede, yasakoyucunun, kamu hizmetlerinin hem kurulmasında hem de örgütlenmesinde (düzenlenmesinde) yetkili olduğu sonucu bulunduğu gibi, örtük olarak, Anayasa’nın kimi hizmetleri ve örgütlenme biçimlerini zorunlu kıldığı saptaması da yer almaktadır. Zira, Anayasa Mahkemesi, yasakoyucunun yetkisini, kamu hizmetinin kural ve ilkelerinin Anayasa’da düzenlenmemiş olması haliyle sınırlamaktadır. Anayasada bir belirleme olmadığı durumlarda yasakoyucunun takdir yetkisi bulunacaktır.

Yasakoyucunun kamu hizmetlerini kurma yetkisi, Anayasa Mahkemesi’ne göre, kamu hizmetinin geçerli ölçütü olarak "yasakoyucunun iradesi"nin kabulünü de gerektirmektedir.

“Kamu hizmetlerini belirlemenin geçerli ölçütünün onu kuranların başkibir anlamıyla yasa koyucunun iradesi ile bütünleştiği izlenmektedir (AMK, 1991/7: 223).”

“Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir (AMK, 1985/2: 42).”

Kararlara göre, kamu hizmetini kuran yasakoyucudur, bu nedenle kamu hizmetinin geçerli ölçütü de onun iradesidir. Sübjektif iradeci bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu yaklaşım Anayasa Mahkemesi’nin daha sonra, özellikle enerji konusunda verdiği kararlarda benimsediği objektif yaklaşımla çelişmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin özelleştirmeye ilişkin kararlarında da, özelleştirmeye karar verme yetkisinin yasama organında bulunduğu sonucuna varılmıştır. Çıkan iptal kararlarının tamamı, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlali gerekçesine dayanmaktadır.

Genel kural, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak faaliyetlerin kamu hizmeti olarak üstlenilmesi yetkisinin yasama organına ait olması olmakla birlikte, Anayasa’nın bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olarak örgütlenmesi gereğini öngörmüş olması da mümkündür. Özellikle anayasa mahkemesinin, yasaların yargısal denetimini yaptığı bir sistemde Anayasa’nın yorumundan çeşitli “anayasal kamu hizmetleri” türetmek mümkündür.

Kamu Hizmetinin Yerel Yönetimlerce Kurulması

Yerel yönetimlerin sadece yerellikten kaynaklanan özgül birtakım hizmet alanlarına mı sahip olduğu yoksa genel hizmetlerin coğrafi kesitini mi temsil ettikleri sorusunun yanıtı bunların kamu hizmeti kurma konusundaki yetkilerini aydınlatmamızda yararlı olacaktır. İl özel idarelerinin tipik yerel yönetim örgütlenmelerinden farklı karma yapısı ve fiili işlevsizliği nedeniyle açıklamalarımızda, aksi belirtilmedikçe yerel yönetimlerle belediyeler kastedilecektir.

Yerel yönetimlerin görevleri, yerel kamu hizmetleri olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 5.1.1965 tarihli kararında köy tüzelkişiliğinin kanunda belirtilen görevlerini, kamu hizmeti saymıştır. Kararda “*yerel kamu hizmeti*” kavramı kullanılmaktadır.

“Topluca anlatılmak istenirse Bayındırlık, Sağlık, Milli Eğitim ve Sosyal Yardım işlerini kapsayan birer yerel kamu hizmeti olduğu söylenebilecek olan bu hizmetlerden bir kısmının Yasa koyucu tarafından zorunlu sayılması, bunların köy toplumunun ve dolayısıyla Türk Toplumunun çıkarlarını çok yakından ilgilendiren önemli ve la-yati hizmetlerden olması bakımından bunların yapılmasının köy karar organının takdirine bırakılmak istenilmemiş ve herhalde yapılması zorunluğu öngörülmüş olmasından başka bir anlam taşımadığı açıktır (AMK, 1965/1: 3-15).”

Anayasa Mahkemesi, daha önceki kararında da Anayasa ile devlete yüklenen görevleri kamu hizmeti olarak değerlendirmişti. Bu kararlardan bir kamu örgütüne anayasa veya yasalarla yüklenen görevler kamu hizmetlerini oluşturur sonucuna varılabilir. Anayasal ve yasal görevler kamu örgütü için yerine getirilmesi gereken kamu hizmetleridir.

Belediyenin görevleri ile kamu hizmetleri ile bağlantının Danıştay tarafından da kurulduğu görülmektedir.

“3030 sayılı Yasanın 6. maddesinin A-d fıkrasında ‘yolcu ve yük terminalleri, katlı otoparklar yapmak, yaptırmak, işletmek ve işlettirmek’ büyükşehirlerin görevleri arasında sayılmıştır.

Anılan yasa hükmünde büyükşehir belediyelerinin görevleri arasında sayılan terminal işletmeciliğinin kamu hizmeti niteliğinde bulunduğu tartışmasızdır (AMK, 1996/2769: 771-772).”

Anayasa’nın tanımlamasıyla yerel yönetimlerin varlık nedeni “*mahallî müşterek ihtiyaçların karşılanması*”dır (m. 127/I). Yerel yönetimler, yerel halkın yerel ortak ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulmuştur.

Ülkemizde, örneğin İngiltere’den farklı olarak, merkezin bir takım hizmetleri görmek üzere (eğitim, sağlık, güvenlik vs. ...) yerel teşkilatı bulunduğu ve iki hizmet birimi arasında görev çakışması düşünülmeyeceğine göre, yerel ortak ih-

tiyaçlar, merkezin yerel örgütüyle karşılamaya çalıştıklarından farklı bir kategori ifade etmektedir.

Yerel yönetimlerin tarihi kökenlerini bir yana bırakıp bugünün hukuksal mantığı ve düzenlemeleriyle değerlendirdiğimizde yerel yönetimler, merkezi devletin iradesiyle kurulan birimlerdir. Tarihsel gelişim süreci içinde değerlendirdiğimizde yerel yönetim örgütlenmelerinin, merkezi devleti önceleyen bir tarihi olduğu görülebilir. Ülkemizde merkezi devlet anlayışının baskın olmasının önemli bir nedeni de yerelin etkisini kırarak modernleşmenin önündeki engelleri kaldırmaktır. İlke, tüm kuralların ve hizmetlerin merkezden üretilmesidir. Yerel yönetimler bu kuralın bir istisnasıdır.

Gerek yerel yönetimin ilk kez anayasal düzeyde düzenlendiği 1876 Anayasası'nda, gerek Cumhuriyet döneminde 1961 ve 1982 Anayasalarında yerel yönetimler, merkezin yasakoyucu aracılığıyla ortaya çıkan iradesiyle çevrilmiştir. Yerel yönetimlerin görevleri yasayla belirlenecektir. Yani yerel yönetimlerin karşılamak üzere kuruldukları “*yerel ortak ihtiyaçlar*” da yasayla belirlenecektir.

Anayasa'nın 127. maddesinin II. fıkrasına göre “mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.”⁵

Yerel idarelerin görev yetkilerinin düzenlenmesi konusundaki, yerel yönetimlerin yasayla yasaklanmamış ve başka yönetim birimlerine bırakılmamış olan bütün hizmetleri görmeye yetkili olduğu “*genellik ilkesinden*” farklı olarak ülkemizde görevlerin yasayla sıralandığı “*liste ilkesi*” benimsenmiştir (Keleş, 2000: 214). Ancak bunun yerel yönetim mantığıyla çelişikliği nedeniyle yaratacağı katılığı gidermek için yasal düzenlemelerde esneklik getirilmektedir.

Buna göre, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde belediyelerin görevleri uzunca bir liste halinde sıralanmıştır. 19. maddede ise yerel yönetimlere genel bir yetki devri yapılmaktadır. 19. maddenin I. bendine göre “*belediye idareleri kanunun kendilerine tahmil ettikleri vazife ve hizmetleri ifa ettikten sonra belde sakinlerinin müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tesviye edecek her türlü teşebbüsâtı icra ederler.*”

Söz konusu hükümden yola çıkarak bazı idare hukukçuları yerel yönetimlerin kamu hizmeti kurma imkânına sahip olduklarını savunmaktadır.

Duran'a göre Anayasa'nın verdiği müşterek mahalli ihtiyaçları karşılama yetkisinden güç alarak “kuruluş kanunları çerçevesinde, görev, konu ve amaçları

⁵ 1876 m. 112 “umuru belediye Dersaadet ve taşralarda bilintihap teşkil olunacak Devairi Belediye Meclislerle idare olunacak ve bu dairelerin sureti teşkili ve vezaifi ve âzasının sureti intihabı kanunu mahsus ile tâyin kılınacaktır.” 1961 m. 116/son “mahalli idarelerin...görevleri, yetkileri,... kanunla düzenlenir.”

ile ilgili faaliyetleri tekel olmamak kaydıyla, kamu hizmetine dönüştürebilirler. Başka bir deyişle, mahalli idareler, kamu kurumlarından farklı olarak, kanundan açıkça yetki almadan da, kendi görev alanlarında, özel teşebbüsle birlikte çalışmak üzere, kamu hizmeti kurabilirler. Bu imkân mahalli idarelerin görevlerinin doğrudan doğruya Anayasa ile ve genel bir çerçeve içinde verilmiş olmasından çıkmaktadır. (Duran, 1982:314; Aynı yönde bkz. Gözübüyük ve Tan, 1999: 443)”

Yayla’ya göre “mahalli idarelerin kamu hizmeti kurabilmeleri de, kaynakta bir yasama işleminin bulunmasını gerektirir (Yayla, 1990: 68).” Ancak Yayla aktardığımız düzenlemenin yeterli bir kaynak olup olmadığını değerlendirmektedir. Derbil ise yetkilendirme için yeterli bir düzenleme bulunduğunu düşünmektedir. Yerel yönetimlerin kamu hizmetleri kurmadaki bu yetkisi de yasaya dayanmakta; kamu hizmetinin yasayla kurulmasının farklı bir biçimi söz konusu olmaktadır. Derbil’e göre, “kanunlar bazan bir idarî tüzel kişinin yapmakla görevli olduğu kamu hizmetlerini açıkça belirttikten sonra yapmağa yetki verdiği kamu hizmetlerini sınırlamağa lüzum görmez. Belediye kanunumuzda olduğu gibi. Belediye kanunumuzda belediyelerin -durumlarına göre- mecburi kamu hizmetleri belirtilmiş; ihtiyarî olanlardan da bir çokları sayılmış ise de kanunun..maddesiyle daha başka kamu hizmetlerinin yapılmasına genel yetki verilmiştir. Genel yetki halinde dahi ihdas edilecek bir belediye kamu hizmetinin kanuna dayandığında şüphe yoktur. Çünkü kanun böyle bir genel yetki vermeseydi her hangi bir belediyenin başka bir kamu hizmeti ihdas edemeyeceği meydandadır (Derbil, 1959:453).”

Ancak aynı yazarların, kamu hizmetinin kurulmasında yasanın zorunluluğunu kanıtlamak için kullandıkları gerekçelerinin, yerel yönetimlerin kamu hizmeti kurması durumunda neden geçerli olmadığını değerlendirmeleri de gerekirdi.

Benzer bir çelişki de idarenin yasallığı ilkesinin açıkça kabulü ile yerel yönetimlere tanınan bu kurucu yetki arasında bulunmaktadır. Hukukçularımızın üzerinde mutabık olduğu, “bizim sistemimizde idarenin özerk düzenleme yetkisinin bulunmadığı” görüşü şüpheli hale gelmektedir. Özellikle “...mahalli idareler,...kanundan açıkça yetki almadan da, kendi görev alanlarında,...kamu hizmeti kurabilirler” görüşünü savunan Duran sistemimizde varolmadığını savunduğu özerk düzenleme yetkisini örtük olarak kabul etmektedir.

1580 sayılı Kanun’un kamu hizmeti kurulması konusunda belediyelere yetki veren 19. maddesinin I. bendi, Anayasa’nın yerel yönetimlerin görevleri kanunla düzenlenir hükmünü öngören 127. maddesine ve kurulacak kamu hizmetlerinin, kamu tüzelkişiliği oluşturulmasını, kamu personeli çalıştırılabilmesini, kamu parası harcanmasını gerektirebileceği ve girişim özgürlüğünü kısıtlayabileceği düşünüldüğünde bu konuların yasayla düzenlenmesi gerektiği için de yasaya yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırıdır. Ancak bu durum, Anaya-

sa'nın yerel yönetimleri düzenleme biçiminin kaçınılmaz bir sonucudur. Hem yerel ortak ihtiyaçları karşılamak üzere, seçilmiş karar organları olan yerel yönetimler oluşturmak, hem de bunların yapacakları görevleri, yerel alanın dışından yasayla belirlemek bir çelişkidir.⁶ Yasanın bu çelişkiyi giderebilmek için genel ve belirsiz tutulması ise bu kez yasama yetkisinin devredilmezliği kuralıyla bir çelişki oluşturacaktır.

Belediyelerin 1580 sayılı yasadaki aldıkları yetkinin önemli bir sınırı bulunmaktadır. Belediyelerin yasada sayılanlar dışında kamu hizmetleri yaratabilmesi, ancak "...kanunun kendilerine tahmil ettikleri vazife ve hizmetleri ifa ettikten sonra..." mümkün olabilecektir. Sınırlama için, zorunlu hizmetler isteğe bağlı hizmetler ayrımı da yapılmamıştır. Belediyeler, belde sakinlerinin müşterek ve medeni ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik kamu hizmetlerine, ancak yasanın kendilerine vermiş olduğu zorunlu ve isteğe bağlı görevleri yerine getirdikten sonra girişebilirler. Ancak yasada, bu sınırlamanın bir yaptırımı da öngörülmemiştir.

Belediyelerin yasada açıkça sayılmayan kamu hizmetleri yaratması durumunda, bu hizmetin gerçekleştirebilmesi için, kamu hizmeti rejimine bağlı olan kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabilip yararlanamayacakları sorusu farklı içtihatlarla yol açmıştır.

Danıştay bir kararında belediyelerin, görevleri arasında açıkça sayılmayan kamu hizmetlerini de üstlenebileceklerine, kamu hizmeti yaratabileceklerine (kadın sosyal dayanışma merkezi) ve bu hizmeti yerine getirebilmek için de kamulaştırma yapabileceklerine karar vermiştir.

"Kadın sosyal dayanışma merkezi kurmak 1580 sayılı Belediye Kanununda belediyelerin görevleri arasında öngörülmemiş ise de, artan nüfusu, konumu, sosyal durumu değişen ve gelişen koşullar doğrultusunda kentin ihtiyaçları göz önünde bulundurulduğunda, belediyelerce de kadın sosyal dayanışma merkezi kurulabileceği ve bu amaçla kamulaştırma yoluna gidilebileceği sonucuna varılması doğru olacaktır (D6.D. K.1998/2219: 335)."

Kararda söz konusu belediyenin, kadın sosyal dayanışma hizmetini üstlenmeden önce diğer görevlerini yerine getirmiş olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Yasanın getirdiği sınırlama tamamen kağıt üzerinde kalmış niteliktedir. "*artan nüfusu, konumu, sosyal durumu değişen ve gelişen koşullar doğrultusunda kentin ihtiyaçları*" bu hizmetin üstlenilmesinin gerekçesi olarak yeterli sayılmış ve

⁶ Bu ihtiyaçları belirleme yetkisini yürütme organına veren (il özel idarelerinin görevli olduğu mahalli müşterek ihtiyaçların kapsamı ve sınırı Bakanlar Kurulunca tesbit olunur) yasa hükmü Anayasa Mahkemesi'nce 127. maddedeki yerinden yönetim ilkesine ve yasama yetkisinin devredilemezliği kuralına aykırılıktan iptali edilmiştir. (AMK, 1988/23:333-338).

ek bir gerekçe gösterilmeden belediyenin yeni yarattığı kamu hizmetinin ihtiyaçları için kamulaştırma yetkisi kullanabileceği sonucuna da varılmıştır. Kamulaştırmanın temel koşulu “kamu yararı” bulunmasıdır. Zorunlu ve isteğe bağlı temel görevleri yerine getirmeden, yani yasa tarafından karşılanması gereken temel ihtiyaçları tatmin etmeden, belediyelerin yeni faaliyet alanlarında işlevler üstlenmesinde, her zaman kamu yararı bulunmayabilir. Örnek olaydaki faaliyetin, modern, sosyal dayanışmacı ve koruyucu niteliklerinden çıkan “olumlu” yönün her durumda görülmeyebileceği açıktır.

6.Dairenin benzer bir diğer kararı da köy tüzelkişiliğine ilişkindir.

“...kamu yararı kararı kamulaştırma işleminin özünü ve temelini oluşturmaktadır... 442 sayılı yasada köye ait işler yapılması zorunlu ve isteğe bağlı işler olarak ikiye ayrılmış, her gruptaki işler ayrı ayrı sayılmıştır. Ancak bu işler arasında ekmek fırını yapımı bulunmamaktadır. Yasada ekmek fırını yapımının sayılmamış olması bu işin yapılmayacağı anlamını taşımaz. Çünkü yapılması zorunlu ve isteğe bağlı olarak belirlenen görevler sınırlandırıcı nitelikte değil, köylüye ve köy idarelerine yol gösterici birer örnek birer örnek teşkil etmek üzere yasada yer almıştır...Bu durumda, insanların temel gıdasını teşkil eden ekmeğin düzenli ve sağlıklı bir biçimde üretilerek köylüye iletilmesi amacıyla ekmek fırını yerinin sağlanarak hizmetin yürütülmesi köyün ve köylünün müşterek yararına olacağı, başka bir deyişle bu işin gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunduğu açıktır (D6.D. K.1986/559:220).”

Danıştay’ın idari dairesi ise farklı bir sonuca ulaşmıştır. Buna göre, belediyeler, görevleri arasında açıkça sayılmayan kamu hizmetlerini üstlenebilseler bile bu hizmetleri gerçekleştirmek için kamulaştırma yapamayacaklardır.

“2982 sayılı Yasaya göre, kamu tüzel kişileri veya kurumları ancak yasalar gereğince yapmakla yükümlü bulundukları hizmetler için kamulaştırma yapmaya yetkilidir.

(...) belediye meclislerinin lüzum ve ihtiyaç gördükleri takdirde belediyelerin mecburi hizmetleri arasında koyabilecekleri ihtiyari hizmetler arasında ucuz arsa üretmek görevi yer almamıştır.

Bu durumda, beldenin gelişmesine ayrılan yerlerde ucuz arsa üreterek yeni inşaat yapmak isteyenlere satmak görevi belediyelerin kanunen yapmak zorunda bulunduğu hizmetler arasında yer almadığından ve kamu tüzelkişileri veya kurumları ancak kanunlar gereği yapmakla yükümlü bulundukları hizmetler için kamulaştırma yapabileceklerinden, söz konusu taşınmazın Kamulaştırma Kanununun 30 uncu maddesine göre devrinin istenilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır (D1.D., E.1997/155: 35 7).”

Bu karardan kamulaştırmanın belediyelerin sadece zorunlu görevleri için kullanılabilecek kamusal usul olduğu sonucu çıkmaktadır. Danıştay’ın kararına dayanak yaptığı Kamulaştırma Kanunu’nun 3. maddesinde “*idareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli*” olması durumunda kamulaştırma ayrıcalığını kullana-

bileceklerdir. Belediye Kanunu üç tip hizmet öngörmektedir: “Zorunlu hizmetler”, “ihtiyari hizmetler” ve “yaratılan hizmetler”. Danıştay’ın bu kararında kamulaştırma sadece birinci tip hizmetler için kullanılabilecek bir araç olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda Belediye Kanunu’nun öngördüğü ihtiyari belediye hizmetleri ile belediyelerin yaratacakları kamu hizmetleri, “*idarelerin, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde bulundukları kamu hizmetlerin*”den sayılmamakta ve önemli bir kamu gücü ayrıcalığından mahrum bırakılmaktadır. Danıştay’ın, belediyeleri, zorunlu ve ihtiyari olanlara ek olarak üstlendikleri kamu hizmetleri için önemli bir kamu gücü ayrıcalığından mahrum bırakma düşüncesinin ardında, yaratılan bu hizmetleri, 1580’nin düzenleme sisteminin özelliğini gözardı ederek, “kamu hizmeti” olarak değerlendirmemesi yatmaktadır.

1580’nin kurduğu açık uçlu sistemden ve aktardığımız Danıştay kararlarından da görüldüğü üzere yerel yönetimlerin kamu hizmeti kurması ile anayasaya hakim olan kapitalist ilke, yani girişim özgürlüğü arasında herhangi bir çelişki görülmemektedir. Özellikle sınai ve ticari nitelikteki yerel hizmetlerin gelişmesi karşısında, Fransız idare hukukunun verdiği tepki uzun süre engelleyici nitelikte olmuştur. Ülkemizde Danıştay içtihatlarında ve idare hukukunda böyle bir sınırlayıcı tepki gelişmemiş olmasına karşın, siyasette, örneğin belediyelerin tanzim satış mağazaları kurması, belediye bakkallık yapmaz diye eleştirilmiştir. Bu teşebbüs, bir büyükşehir belediyesinin kurduğu en yaygın ve gelişkin tanzim satış mağazaları zincirinin özel teşebbüse satılmasıyla noktalanmıştır.

Yüzyıl sonunda (1890’lar) Fransız yerel yönetimlerinin, iktisadi ve ticari konularda kamu hizmetleri yaratması, “belediye sosyalizmi (*socialisme municipal*)” akımı olarak nitelenmişti (Fialaire, 1998:Sayı 35). Belediyelerce girişim özgürlüğünü kısıtladığı düşünülen kamu hizmetleri yaratıldığında, yerel vergi mükellefleri dava açma yoluna gitmişlerdi.⁷ İdari yargının girişim özgürlüğünü koruyucu kararları bu akıma tepki çerçevesinde gelişmiştir. Başlarda yargı kararları sınırlayıcı niteliktedir. Bunun tipik örneği Fransız Devlet Şurası’nın 29.3.1901 tarihli *Casanova* kararıdır (GAJA,1999:49). Bir belediyenin, maliyeti belediye bütçesinden karşılanan ve ücretsiz olarak herkesin yararlanacağı doktor muayenehanesi açma kararı, yerel vergi mükellefinin davası üzerine, “faaliyet gösteren iki doktor bulunduğu ve ancak istisnai durumlarda bu yola başvurulabileceği gerekçesiyle” iptal edilmiştir. Daha sonraki toplumsal gelişmelerin ve özellikle yerel hizmetlerin genişlemesine olanak sağlayan mevzuatın etkisiyle, içtihatla bir yumuşama görülmüştür. Temel içtihat 30 Mayıs 1930 tarihli *Chambre syndical du commerce en détail de Nevers* kararında oluşmuştur (GAJA,1999:277). Belediyenin hayat pahalılığıyla mücadele için gıda maddeler-

⁷ Bu olayların bir önemi de idari yargıda *locus standi*’nin (husumet ehliyetinin) genişlemesine vesile olmasıdır. İlk olarak Fransız Devlet Şurası’nın 29 Mart 1901 *Casanova* Kararında, yerel vergi mükellefi olmanın, yerel yönetimlerin kararlarına karşı dava açabilmek için yeterli ilgi kurduğu kabul edilmiştir.

ri satışı hizmeti üstlenmesi kararına karşı tüccarların açtığı dava reddedilmiştir. Buna göre ticari faaliyetlerin kural olarak özel girişime ait olduğu, belediyenin bu faaliyetleri, ancak zamana ve yerine göre istisnai koşullarda, genel yarar gerektiriyorsa kamu hizmeti olarak üstleneceği kabul edilmiştir. Yani özel girişimin yetersizliği veya yokluğu söz konusu olduğunda, kamu hizmeti kurularak toplumsal ihtiyaçların tatmin edilebileceği kabul edilmektedir (Chapus, 1999:295). Günümüzde piyasa yetersizliği durumu bulunmasa bile, kamu yararı gerektirdiğinde yerel kamu hizmeti kurulabileceği kabul edilmekte; ayrıca özel girişimin yetersizliği veya yokluğu koşulu da esnek ve geniş yorumlanmaktadır.⁸

Kaynakça

- Carbajo, Joël (1997), *Droit des services publics*, 3. Baskı, Dalloz, Paris.
- Chapus, René (1999), *Droit Administratif I*, 13. Baskı, Montchrestien, Paris .
- Derbil, Süheyp (1959), *İdare Hukuku*, AÜHF Yayınları, Süheyp.
- Duran, Lutfi (1982), *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜ Yayınları No: 2956, İstanbul .
- Duran, Lutfi (1995), “Bunalım Kararnameleri”, *AÜSBF*, Cilt 50, Sayı 3-4, Sayı 141.
- Eroğul, Cem (1999), “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM’ce Onaylanması Sorunu”, *AÜSBFD*, Cilt 54. Sayı 4, Sayı 31.
- Fialaire, Jacques (1998), *Le droit des services publics locaux*, LGDJ, Paris.
- GAJA (1999) (*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*), 12. Baskı, Dalloz, Paris.
- Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut (1999), *İdare Hukuku, Genel Esaslar, Cilt 1*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.¹
- Karahanoğulları, Onur (1997), “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, *AÜSBFD*, Cilt 52, Sayı 1-4, 1997, Sayı 387.
- Karahanoğulları, Onur (1998), “Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, Bir Öneri: Birlikte Yasama”, *AİD.*, Cilt 31, Sayı 2, Sayı 41-63.
- Keleş, Ruşen (2000), *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, 4. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul.
- Yayla, Yıldızhan (1990), *İdare Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- AM., E.1963/198, K.1965/1, k.t. 5.1.1965, *AMKD*, Sayı 3, Sayı 3-15.
- AM., E.1967/41, K.1969/57, k.t. 23-25.10.1969, *AMKD*, Sayı 8, Sayı 18-133.

⁸ Örneğin, yerel yönetimin, buz üretimi yapması, tiyatro işletmesi, kamp, dişçi muayenehanesi, restoran, yüzme havuzu açması, ücretsiz hukuki danışma sağlaması yasal sayılmıştır. Örneğin, özel kasapların fiyatlarının düşmesini sağlamak için belediye kasabı açılması kararı iptal edilmemiştir (CE, 24 Novembre 1933 *Zenard Kararı*). İlgili içtihatlar için bkz. (Carbajo, 1997: 31-35).

- AM., E.1985/2, K.1985/2, k.t. 28.11.1985, *RG*, 21.1.1986, Sayı 18995, Sayı 42.
- AM., E.1987/18, K.1988İ/23, k.t. 22.6.1988, *AMKD*, Sayı 24, Sayı 333-338.
- AM., E.1990/12, K.1991/7, k.t. 4.4.1991, *AMKD*, Sayı 27/1, Sayı 223.
- AM., E.1990/12, K.1991/7, k.t. 4.4.1991, *AMKD*, Sayı 27/1, Sayı 223.
- AM., E.1990/4, K.1990/6, k.t. 12.4.1990, *AMKD*, Sayı 26, Sayı 134.
- AM., E.1994/70, K.1994/65-2, k.t.22.12.1994, *AMKD*, Sayı 31, Cilt 1, Sayı 408.
- AM., E.1995/1, K.1995/42, k.t. 14.9.1995, *AMKD*, Sayı 31, Cilt 2, Sayı 634.
- D1.D., E.1997/155, K.1997/178, k.t. 19.12.1997, *Danıştay Dergisi*, Sayı 96, 1998, Sayı 35-7.
- D6.D., E.1986/310, K.1986/559, k.t. 28.5.1986, *Danıştay Dergisi*, Sayı 64-65, Sayı 220.
- D6.D., E.1997/3697, K.1998/2219, k.t. 24.4.1998, *Danıştay Dergisi*, Sayı 98, 1999, Sayı 335.
- D10.D., E.1995/4326, K.1996/2769, k.t. 21.5.1996, *Danıştay Dergisi*, Sayı 92, 1997, Sayı 771-772.